

Sygn. akt: KIO 1714/15

POSTANOWIENIE
z dnia 21 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 21 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Logon S.A. w Bydgoszczy, Alternative Technology sp. z o.o. w Warszawie i KTK Tech sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Ministerstwo Spraw Wewnętrznych w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Computex sp. z o.o. sp. k. w Warszawie oraz Techsource sp. z o.o. w Legionowie**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Immitis sp. z o.o. w Bydgoszczy** oraz **Maxto sp. z o.o. S.K.A. w Krakowie**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **BIT S.A. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Logon S.A. w Bydgoszczy, Alternative Technology sp. z o.o. w Warszawie i KTK Tech sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Logon S.A. w Bydgoszczy, Alternative Technology sp. z o.o. w Warszawie i KTK Tech sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Ministerstwo Spraw Wewnętrznych w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa nowych, nieużywanych zestawów komputerowych wraz z oprogramowaniem, drukarek, skanerów oraz licencji na oprogramowanie antywirusowe w ramach projektu pl.ID”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 kwietnia 2015 r. nr 2015/S 064-112457. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 26 czerwca 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Logon S.A. w Bydgoszczy, Alternative Technology sp. z o.o. w Warszawie i KTK Tech sp. z o.o. w Warszawie, zwanych dalej „odwołującym” o wyborze najkorzystniejszej oferty, w zakresie części I zamówienia, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Symmetry sp. z o.o. w Warszawie oraz Pidikom sp. z o.o. sp. k. w Warszawie. W treści tego zawiadomienia zamawiający poinformował odwołującego, że nie podlegały odrzuceniu oferty złożone przez m.in. następujących wykonawców:

- 1) BIT S.A. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym BIT”,
- 2) Innovation In Technology sp. z o.o. w Niekaninie, zwanego dalej „wykonawcą Innovation”,
- 3) Integrit S.A. we Wrocławiu, zwanego dalej „wykonawcą Integrit”,
- 4) Intertrading Systems Technology sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Intertrading”,
- 5) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Immitis sp. z o.o. w Bydgoszczy oraz Maxto sp. z o.o. S.K.A. w Krakowie, zwanych dalej „przystępującym Immitis”.

Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu jedenastym.

W dniu 28 lipca 2015 r. zamawiający poinformował odwołującego, że unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że podjął tę decyzję na podstawie zastrzeżeń zgłoszonych przez wykonawców w odwołaniach złożonych do Izby, które nie zostały przez Izbę rozpoznane z uwagi na wydanie postanowień umarzających postępowania odwoławcze wobec wycofania tych odwołań. Zamawiający wskazał, że zastrzeżenia podniesione w odwołaniach, kwestionujące zgodność treści wybranej oferty z treścią SIWZ uznał za zasadne.

Ustalono także, że w dniu 31 lipca 2015 r. zamawiający, za pośrednictwem poczty elektronicznej przesłał odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez przystępującego BIT. W treści tego zawiadomienia zamawiający poinformował odwołującego, że nie podlegały odrzuceniu oferty złożone przez m.in. następujących wykonawców:

- 1) przystępującego BIT,
- 2) wykonawcy Innovation,
- 3) wykonawcą Integrit,
- 4) wykonawcą Intertrading,
- 5) przystępującego Immitis.

Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu szóstym.

W dniu 10 sierpnia 2015 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia ofert złożonych przez:

- 1) przystępującego BIT,
- 2) wykonawcę Innovation,
- 3) wykonawcę Integrit,
- 4) wykonawcę Intertrading,
- 5) przystępującego Immitis.

oraz nakazania zamawiającemu wyboru własnej oferty jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego swoje zgłoszenie przystąpienia zgłosił przystępujący BIT, przystępujący Immitis a także wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Computex sp. z o.o. sp. k. w Warszawie oraz Techsource sp. z o.o. w Legionowie, zwani dalej „przystępującym Computex”.

Do postępowania odwoławczego swoje zgłoszenie przystąpienia zgłosił także wykonawca Intertrading. Oświadczył, iż zgłasza przystąpienie do postępowania odwoławczego:

- a) po stronie odwołującego - w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez przystępującego BIT i wykonawcę Integrit,
- b) po stronie zamawiającego - w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia własnej oferty.

Powyższy stan faktyczny ustalono na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez zamawiającego, w tym w szczególności: protokołu postępowania, postanowień ogłoszenia o zamówieniu, rozstrzygnięcia postępowania z 26 czerwca 2015 r., dowodów przekazania ww. rozstrzygnięcia, informacji o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 28 lipca 2015 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 31 lipca 2015 r., a także odwołań, zgłoszeń przystąpień do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego przystępującego BIT, przystępującego Immitis a także przystępującego Computex.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy Intertrading. Odnosząc się do kwestii skuteczności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę Intertrading, Izba stwierdziła, że nie jest dopuszczalne przystąpienie do postępowania odwoławczego po obu stronach postępowania, a więc zarówno po stronie zamawiającego jak i odwołującego. Izba zważyła, że zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. Ponadto na podstawie art. 185 ust. 5 ustawy Pzp czynności uczestnika postępowania nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp przez uczestnika, który przystąpił po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje w tym miejscu, że powołane przepisy różnią się znacząco od treści art. 181 ust. 5 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed dniem 29

stycznia 2010 r. Przepis ten stanowił, że wykonawca zgłasza przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i określając swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście. Przesłanką do zgłoszenia przystąpienia do postępowania protestacyjnego było wykazanie swego interesu w przystąpieniu i określenie żądań w zakresie zarzutów zawartych w proteście, co umożliwiałoby popieranie niektórych zarzutów protestu i odpieranie innych, a więc przystępowanie do postępowania protestacyjnego po różnych stronach tj. zamawiającego i odwołującego. Natomiast, jeśli chodzi o przystąpienie na etapie postępowania odwoławczego ugruntowany był pogląd, w świetle którego, nie było dopuszczalnym przystąpienie do postępowania odwoławczego po obu stronach postępowania, a więc zarówno po stronie zamawiającego jak i odwołującego. (por. również wyrok Izby z dnia 11 sierpnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1191/10 i 1192/10). Po wejściu w życie w dniu 29 stycznia 2010 r. nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych w dalszym ciągu brak podstaw do dopuszczenia do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania wykonawcy zgłaszającego przystąpienie po obu stronach tj. zamawiającego i odwołującego. Na uwagę zasługuje to, że ustawodawca jeszcze w bardziej precyzyjny sposób przesądził o niedopuszczalności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po obu stronach tj. zamawiającego i odwołującego, wskazując, że wykonawcy stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron (art. 185 ust. 3 ustawy Pzp), a ponadto zastrzegając, iż czynności uczestnika nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił (art. 185 ust. 5 ustawy Pzp). Dopuszczenie do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania wykonawcy, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po obu stronach postępowania prowadziłoby do sytuacji, której przystępujący popierając część zarzutów, a odpierając pozostałe, pozostawałby w sprzeczności z czynnościami i stanowiskami zarówno zamawiającego jak i odwołującego, co naruszałoby normę wyrażoną w art. 185 ust. 5 ustawy Pzp.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w świetle którego *Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym domaga się nakazania zamawiającemu odrzucenia ofert złożonych przez:

- 1) przystępującego BIT,
- 2) wykonawcę Innovation,
- 3) wykonawcę Integrit,
- 4) wykonawcę Intertrading,

5) przystępującego Immitis

na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnych z treścią SIWZ.

Nie ulega wątpliwości, że o niewykonaniu przez zamawiającego czynności odrzucenia ww. ofert odwołujący powziął wiadomość już na podstawie zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej przekazanego mu przez zamawiającego w dniu 26 czerwca 2015 r. Znana była mu treść ofert tych wykonawców i treść SIWZ. Natomiast na podstawie lektury tego zawiadomienia odwołujący powziął informację, że zamawiający uznaje za prawidłowe i nie zamierza odrzucać ofert złożonych przez:

- 1) przystępującego BIT,
- 2) wykonawcę Innovation,
- 3) wykonawcę Integrit,
- 4) wykonawcę Intertrading,
- 5) przystępującego Immitis.

Z ww. chwilą rozpoczął się dla odwołującego bieg terminu na wniesienie odwołania. Podkreślić należy w tym miejscu, że zgodnie z poglądem jednolicie reprezentowanym w orzecznictwie Izby, jak i sądów sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby, termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu zawitego, niepodlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie. Dostrzec jednocześnie należy, że wygaśnięcie prawa do wniesienia odwołania następuje automatycznie wskutek upływu terminu określonego w ustawie Pzp, niezależnie od przyczyn dla których wykonawca nie decyduje się na wniesienie odwołania.

Zdaniem Izby, zawiadomienie zamawiającego o dokonaniu nowego wyboru oferty najkorzystniejszej przekazane odwołującemu 31 lipca 2015 r., nie zawiera żadnej nowej okoliczności, istotnej z punktu widzenia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, która uzasadniałaby liczenie terminu do wniesienia odwołania od dnia przesłania nowego rozstrzygnięcia postępowania. Nie zmieniła się ani treść kwestionowanych ofert, ani treść SIWZ ani ocena zamawiającego co do zgodności tych ofert z SIWZ. Identyczny stan opisany w odwołaniu, polegający na zaniechaniu odrzucenia ofert z przyczyn wskazywanych w odwołaniu, istniał już w dniu zawiadomienia o pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie ze znajdującym zastosowanie w analizowanej sprawie przepisem art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp i jeżeli wartość

zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 26 czerwca 2015 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem poczty elektronicznej odwołującemu zawiadomienie o tym, że dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej w którym przyznawał punktację ofertom obecnie kwestionowanym przez odwołującego, co oznaczało iż zamawiający nie dostrzegał powodów do odrzucenia tych ofert. Termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania czynności odrzucenia tych ofert upłynął zatem odwołującemu w dniu 6 lipca 2015 r. Wówczas odwołujący uprawniony był do korzystania ze środków ochrony prawnej w postaci wniesienia odwołania na czynności i zaniechania zamawiającego. Jeżeli odwołujący prezentował stanowisko, że postępowanie prowadzone było z naruszeniem zasad i przepisów ustawy Pzp, a ocena ofert w postępowaniu odbyła się w sposób nieprawidłowy, winien był postępowanie takie kwestionować. Tymczasem odwołujący wniósł odwołanie dopiero w dniu 10 sierpnia 2015 r. Informacja o wyniku postępowania z dnia 31 lipca 2015 roku nie otwiera zatem ponownie odwołującemu drogi do kwestionowania czynności zamawiającego. Już bowiem w wyniku pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej odwołujący zobowiązany był zabezpieczać swoje interesy i ofertę w postępowaniu przez wniesienie odwołania, czego nie uczynił.

Reasumując, należało uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 10 sierpnia 2015 r. było odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, niepodlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powyższego przepisu wynika zakaz wydawania orzeczeń o charakterze merytorycznym, do jakich zalicza się oddalenie czy uwzględnienia odwołania, w innej formie aniżeli wyrok. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało jednak charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie tak Izby jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Przewodniczący: